Commentaire d'arrêt.

Eryan Elder, étudiant en Droit Privé à l'Université Clermont Auvergne (UCA).

Les analyses et opinions exprimées dans ce commentaire d'arrêt sont propres à leur auteur et ne sauraient engager la responsabilité de l'Université Clermont Auvergne. L'établissement n'entend donner aucune approbation ni improbation aux propos tenus dans ce document.

Cass. com., 16 novembre 2004, n°00-22.713 («Belkhelfa»).

Selon le professeur Claude Champaud, l'arrêt du 16 novembre 2004, «apporte un épilogue heureux à une affaire qui met en cause les fondements doctrinaux de notre droit sociétaire»(C.Champaud, RTD Com, 2005, p.111). En ce sens, l'arrêt « Belkhelfa » répond à la question épineuse des promesses de cession qui avait causé remous et moulte incertitude au sein de la doctrine. Il a tout de même le mérite de rendre plus digeste au praticien une vision prétorienne presque étrangère à la règle de droit (article 1844-1 alinéa 2 du Code civil).

En l'espèce, un investisseur devenu associé à la suite d'une souscription d'action a conclu avec les deux principaux actionnaires un pacte (hors statuts) prévoyant une promesse unilatérale d'achat de ses actions. Cette promesse stipulait qu'en cas de levée de l'option par l'investisseur, les actionnaires s'engageaient à racheter ses titres à un prix plancher minimal. Or, bien que l'option ait été levée par le bénéficiaire le rachat n'a finalement pas été exécuté.

Par conséquent, le litige a été porté devant la Cour d'appel de Paris qui par un arrêt du 15 septembre 2004 a condamné les actionnaires à verser à l'investisseur la somme minimale prévue par la promesse d'achat. Les actionnaires principaux forment *de facto* un pourvoi en cassation.

Les demandeurs au pourvoi reprochent ainsi à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 1844-1 du code civil. En effet et selon les demandeurs, la clause de rachat d'actions se doit d'être «réputée non écrite» dans la mesure où celle-ci dessine les contours d'une clause léonine exonérant son bénéficiaire devenu associé de toute participation aux pertes de la société.

Ainsi les juges ont été amenés à déterminer si une clause de promesse unilatérale d'achat d'actions à prix plancher pouvait être considérée comme léonine au sens de l'article 1844-1 du Code civil.

Par un arrêt du 16 novembre 2004, les juges de cassation répondent à la négative. Par voie de conséquence, ils rejettent le pourvoi formé par les actionnaires en confirmant l'arrêt d'appel. Ils considèrent que «c'est à bon droit» que les juges du fond ont maintenu la convention litigieuse dès lors qu'elle ne «contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil». Ainsi la Cour, après avoir relevé que la promesse d'achat avait pour objet d'assurer l'équilibre économique de la convention va s'appuyer sur le fait que la clause litigieuse n'avait en réalité pour finalité que d'organiser la transmission des droits sociaux entre associés. Celle-ci n'est donc par conséquent: «sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux».

Par cet arrêt la cour de cassation vient éclairer voire rappeler une jurisprudence maintenant «classique» tenant à la validité des promesses d'achat à prix plancher conclues en dehors du pacte social (Cass. Com., 20 mai 1986, «Bowater»). Or dans la présente décision, la Cour évince les incertitudes qu'elle avait pu entretenir en admettant l'unilatéralité de cette promesse non plus subordonnée à son caractère croisé (Cass. Com., 18 octobre 1994 «SDBC»). C'est donc en distinguant les intérêts propres des fondateurs et des bailleurs que les juges se sont alors référés au critère de l'équilibre des conventions à ce jour abandonné dans un souci de netteté juridique (Cass. com., 21 juin 2023).

La restriction du champ d'application de l'article 1844-1 du code civil qui en découle vient tamponner une vision pragmatique (I) de la chambre commerciale teintée de libéralisme économique en faveur de l'entreprise (II).

I-Recentrage pragmatique des promesses sociales.

Avec l'arrêt Belkhelfa, la Cour de cassation opte pour une solution empreinte de réalisme. Elle entend apaiser les incertitudes doctrinales entourant les promesses de rachat et affirme une lecture mesurée de l'article 1844-1 du Code civil. Ce positionnement conduit à consacrer une certaine immunité des promesses face à la qualification léonine (A) avant d'ériger l'équilibre contractuel en véritable critère de validité (B).

A-L'immunité des promesses consacrée face à qualification léonienne.

En son alinéa deuxième, l'article 1844-1 du code civil vient prohiber presque solennellement les clauses dites «léonines» c'est-à-dire celles qui viendraient attribuer à un associé la totalité du profit ou l'exonération de toutes les pertes.

Dans cette affaire, la question du caractère léonin n'y est pas étrangère. En effet, le pacte qui avait été conclu, permettait à l'investisseur (devenu associé) de récupérer quoi qu'il advienne le prix fixé et librement consenti par les actionnaires principaux. Historiquement hostile aux promesses comportant un prix plancher, la Cour de cassation avait pu juger celles-ci comme dessinant les contours d'un pacte léonin (Cass. com., 10 février 1981). Elle vient ici, conformément à sa jurisprudence antérieure (Cass. com., 20 mai 1986, « Bowater »), les valider purement et simplement. Il suffit qu'elles n'aient «pour objet que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux entre associés».

Cette confirmation (opportune) des principes antérieurs s'accompagne toutefois d'une motivation inédite, précisant que «peu important à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat». De prime abord, cette phrase peut être dénuée d'intérêt pratique or cela permet à la cour de par sa vision pragmatique d'octroyer une certaine immunité aux promesses. En d'autres termes, les clauses de rachat à prix plancher même donnant à son bénéficiaire une contribution faible voire nulle des pertes ne violent pas l'article 1844-1 du Code civil. L'interprétation neutralisante de la règle de droit par les juges a le mérite de sécuriser l'investisseur reposant toutefois sur le seul garde-fous des conventions. De plus, cela lui permet d'enterrer les courants doctrinaux ayant pu voir le jour après l'arrêt SDBO (Cass. com, 24 mai 1994) qui pouvait apprécier le caractère réciproque de la promesse comme seule exonération au caractère léonin des pactes (F.-X. Lucas, JCP E 2000, n°5, p. 168).

B-L’équilibre contractuel érigé en critère de validité.

Dans l’arrêt «Belkhelfa», les juges fondent leur motivation sur un élément central : celui de «l’équilibre des conventions». En ce sens, elle vient justifier l'existence d’une telle promesse dont le bénéficiaire «n’aurait pas consenti» à défaut de «remboursement de l’investissement».

Ainsi, la chambre commerciale estime que la promesse de rachat n’est rien d’autre que la juste contrepartie de l’apport de fonds réalisé par l’investisseur lors de l’augmentation de capital. Autrement dit, la clause ne vise pas à le soustraire aux pertes sociales, mais à garantir un équilibre économique en compensant le risque financier qu’il a accepté de prendre. Bien que ce ne soit pas la première fois que la chambre commerciale se réfère véritablement au critère de l’équilibre en matière de transfert de droit sociaux (Cass. com., 19 mai 1992), il ressort nettement que les juges ont entendu jouer la carte du compromis. En effet, dans un souci de sécurité juridique (sinon économique), il s’agissait pour la Cour d’assurer un équilibre entre les intérêts des fondateurs et ceux de l’associé «avant tout bailleur de fond».

Par cette décision la Cour de cassation infléchit sa position tout en restant fidèle à un certain pragmatisme contractuel. En ce sens, en érigeant un nouveau critère de validité en l'occurrence celui de «l’équilibre», elle vient sans doute s’écarter de l’approche «byzantine» (A.Lecourt, RDT com, 2023, p.897) caractéristique de l’arrêt «Bowater». Pour certains, cela est «regrettable» (*supra*) de proliférer des nouvelles exigences là où le juge devra user de son pouvoir souverain. Il est vrai que dans la mesure où de telles clauses dites «à prix plancher» s'avèrent être étrangères au pacte social de tels critères semble purement fastidieux. C’est pour cela que la Cour de cassation a récemment fait machine arrière (Cass. com., 21 juin 2023) vers une appréciation empreinte de netteté et donc de simplicité abandonnant tout critère tel que l’équilibre ou encore celle dites de la «fenêtre de tir» (Cass. com, 22 février 2005).

Si la Cour de cassation adopte dans un premier temps une lecture pragmatique de la promesse d’achat à prix plancher, elle ne s’arrête pas à cette seule logique juridique. C’est dans une perspective plus large, empreinte d’économie et de réalisme, qu’elle affine ensuite son raisonnement.

II-Vision économique des rapports sociétaires.

Derrière la neutralisation du risque léonin, l’arrêt Belkhelfa traduit une conception économique de la société. Le juge distingue désormais l’associé selon son rôle financier (A) et assume une approche libérale des relations sociétaires (B).

A-Un isolement artificiel de l’associé bailleur de fonds.

Les juges du quai de l’horloge, dans l’arrêt du 16 novembre 2004, ont pris soin de marquer une différenciation entre les actionnaires parties au litige. Par un véritable montage intellectuel, ils isolent, parmi les associés, celui qui « est avant tout bailleur de fonds ».

Cette qualification surprenante revêt en réalité d’un élément central à la justification si s’en n’est «la pierre angulaire» (Claude Champaud, RTD com, 2005, p. 111). La Cour reconnaît ainsi la coexistence d’associés qui, bien que juridiquement indissociables, se distinguent profondément sur le plan économique. La qualité de chacun fonde l’équilibre du pacte : l’investisseur n’aura conventionnellement pas les mêmes pouvoirs que les fondateurs. C’est donc

par cette architecture que la chambre commerciale parvient à écarter le caractère léonin de la clause de prix. À preuve, en plus d'être non statutaire et de reposer sur une logique de simple transmission de droits sociaux, cette promesse tend à s'appliquer à des associés dont le juge en distingue la nature. C'est pour ces raisons que la solution retenue par l'arrêt Belkhelfa mérite approbation.

En revanche, c'est bien la méthode de la distinction des associés par la chambre commerciale qui serait source de vive interrogation. De manière inédite, la Haute juridiction confère une légitimité à la promesse de rachat en se fondant rétrospectivement sur la qualité antérieure de l'associé, considéré comme un investisseur avant l'opération. Elle tire donc les conséquences juridiques d'une situation économique passée pour justifier une clause conclue postérieurement, fondant ainsi une motivation juridiquement infondée, sinon *contra legem.* Une telle lecture prête le flanc à la critique puisque par essence, tout associé est de par son apport un investisseur. L'isolement du bailleur de fonds apparaît dès lors comme artificiel, voire « fallacieux » ou révélateur d'une « dérive » (Massart, note ss Paris, 25 e ch. B, 21 déc. 2001, Bull. Joly 2002. 499). Ces critiques un peu datées demeurent à ce jour toutefois à relativiser, dès lors que la solution s'inscrit pleinement dans une continuité jurisprudentielle.

Si cette distinction entre associés permet de justifier la validité de la promesse, elle révèle surtout un changement de philosophie. Derrière cette différenciation se dessine en effet une conception plus libérale des rapports sociétaires, assumée par la chambre commerciale (B)

B-Une approche libérale assumée de la chambre commerciale.

Le rejet du pourvoi opéré par La Cour de cassation dans l'arrêt ici commenté, n'est pas étonnant. En effet, celle-ci se place dans un courant maintenant fixé dans un sens indéniablement libéral.

Dans cette affaire, les juges de la chambre commerciale semblent n'avoir aucune réticence à apprécier avec légèreté la règle de droit en l'occurrence l'article 1844-1 du Code civil. Bien qu'elle s'attache à apporter une motivation plutôt riche, il n'empêche que l'approche purement juridique s'érode peu à peu au prisme des arrêts. Par le passé, une querelle prétorienne a pu exister avec la Chambre civile, beaucoup plus conservatrice (Cass. com., 22 juillet 1986). Il n'en demeure pas moins que, comme en témoigne l'arrêt Belkhelfa, les solutions sont aujourd'hui éminemment favorables au capital-investissement.
Si pour certain ces promesses de cession de titre ne sont que de «pure pétition de principe» (Paris, 5e ch. C, 18 oct. 1996, Bull. Joly 1997. 11, note Rontchevski) Pour d'autres les investissements ne sont que « l'excuse absolutoire au regard de la prohibition des clauses léonines »(Vidal, note ss Paris 17 avr. 1996, Dr. sociétés 1996, n° 172).

Malgré toutes ces critiques, il convient tout de même de conscientiser l'approche évolutive et libérale de la *societatis* par les juridictions. Par son arrêt confirmatif, la Haute cour adhère à l'approche des juges du fond. C'est donc de manière supplétive et malléable que la prohibition des clauses léonines infuse en profondeur le droit des sociétés. La pratique et la praticité ont eu raison d'un droit archaïque là où le juge tente d'en combler manifestement les failles. Il vient créer des critères (celui de l'équilibre) distinguer des mêmes personnes (entre associés) et même admettre une non contribution aux pertes le tout dans une architecture bancale poussé par un besoin d'attractivité.